

VD_OMNI GE.2004.0111 vom 14. Dezember 2004

VD Tribunal cantonal, 2004-12-14, FR

Quelle: https://mcp.opencaselaw.ch/entscheid/vd_omni_GE.2004.0111

FR: VD_OMNI GE.2004.0111 du 14 décembre 2004

IT: VD_OMNI GE.2004.0111 del 14 dicembre 2004

Regeste

c/ Municipalité de Bussigny-près-Lausanne | Contacts entre la municipalité et la société adjudicataire laissant supposer, sans qu'il soit possible de l'établir clairement, des négociations après le dépôt des offres. Annulation de la décision litigieuse du fait que les travaux en cause ont été adjugés à une entreprise qui pensait les réaliser d'une façon ne correspondant pas à ce qui était prévu par les documents de soumission. Les autres soumissionnaires n'ont pas eu la possibilité de déposer une offre prenant en considération ce procédé technique.

Erwägungen

E. 1

a) Avant d'examiner la recevabilité du recours et de, cas échéant, trancher les questions de fond qu'il pose, le tribunal doit se pencher sur la législation applicable. Le 1^{er} septembre 2004 est en effet entré en vigueur le règlement du 7 juillet 2004 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics (RMP) qui rappelle à son art. 46 que le règlement du 8 octobre 1997 d'application de la loi du 24 juin 1996 sur les marchés publics est abrogé. A la même date est entrée en vigueur la loi du 10 février 2004 modifiant celle du 24 juin 1996 sur les marchés publics (LVMP). Le RMP ne contient aucune disposition transitoire. En revanche, la loi du 10 février 2004 modifiant la LVMP mentionne à son art. 16 que cette loi s'applique à la passation de marchés qui sont mis en soumission après son entrée en vigueur. Dans la mesure où le RMP du 7 juillet 2004 est un règlement d'application de la LVMP, le même raisonnement s'impose. Cette opinion est renforcée par le fait que l'ordre juridique suisse est régi par le principe de la non-rétroactivité des lois. La jurisprudence a en effet précisé que la rétroactivité, contraire aux principes de la sécurité et de la prévisibilité du droit, n'était admise qu'à des conditions strictes, à savoir qu'elle soit expressément prévue par la loi, qu'elle soit raisonnablement limitée dans le temps, qu'elle ne conduise pas à des inégalités choquantes, qu'elle se justifie par des motifs pertinents et qu'elle respecte les droits acquis (voir par ex. ATF 125 I 186 et 119 Ia 258 et les réf. cit.). La présente cause doit donc être examinée à la lumière des dispositions légales et réglementaires pertinentes antérieures au 1^{er} septembre 2004 et donc, plus particulièrement, sous l'angle du règlement du 8 octobre 1997 d'application de la LVMP (RLVMP). b) L'art. 1 de la LVMP, dans sa teneur antérieure au 1^{er} septembre 2004, prévoyait à son al. 1 qu'elle régissait les marchés publics du canton, des communes, des associations intercommunales, des régies et des entreprises ou sociétés dans lesquelles ils avaient une participation majoritaire ou un pouvoir de décision prépondérant. Selon l'art. 10 de cette loi, les décisions d'adjudication pour un marché public régi par la loi ou par l'accord intercantonal qui prévoyait une procédure de recours, pouvaient faire l'objet d'un recours auprès du Tribunal administratif (al. 1). Le recours, dûment motivé, devait être déposé dans les dix jours dès la notification

de la décision d'adjudication. c) Dirigé contre une décision d'adjudication de la Municipalité de Bussigny-près-Lausanne du 9 août 2004, et interjeté dans le délai de dix jours précité, le recours est recevable.

E. 2

L'art. 3 LVMP, dans sa teneur applicable au cas d'espèce, rappelait que la loi tendait à assurer une concurrence efficace entre tous les soumissionnaires, garantir l'égalité de traitement à tous les soumissionnaires et l'impartialité de l'adjudication et à assurer la transparence des procédures de passation des marchés. L'art. 6 LVMP précisait que lors de la passation des marchés, devaient notamment être respectés les principes de non-discrimination et d'égalité de traitement de chaque soumissionnaire (litt. a) et de renonciation à des rounds de négociations (litt. c). L'art. 8 al. 2 litt. b) LVMP indiquait que les dispositions cantonales réglementaires d'exécution régleraient le recours à des spécifications techniques non discriminatoires. Comme on l'a vu sous consid. 1 a) ci-dessus, avant le 1^{er} septembre 2004, la LVMP était complétée par le RLVMP. L'art. 31 de ce règlement indiquait que les offres devaient être faites par écrit, remises sous pli fermé, directement ou par poste, et parvenir complètes, dans le délai imparti au service mentionné dans l'appel d'offre et qu'elles ne pouvaient plus être modifiées à l'échéance du délai, sous réserve de l'art. 35. Selon cette disposition, l'adjudicateur pouvait demander aux soumissionnaires des explications écrites relatives à leur aptitude et à leur offre. L'art. 33 al. 1 RLVMP prévoyait la possibilité d'exclure une offre notamment si elle n'était pas conforme aux prescriptions et aux conditions fixées dans la mise au concours, incomplètement remplie ou ayant subi des adjonctions ou modifications (litt. k), lorsqu'elle comportait des prix trop bas pour qu'il soit normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art (litt. l). L'art. 34 al. 2 du règlement offrait aussi la possibilité de corriger les erreurs évidentes des offres, telles que les erreurs de calcul et d'écriture. En rapport avec l'art. 6 LVMP, l'art. 36 RLVMP précisait que les négociations entre l'adjudicateur et les soumissionnaires sur le prix, les remises de prix et modifications des prestations étaient interdites. Enfin, l'adjudication pouvait être révoquée aux conditions de l'art. 33 consacré aux motifs d'exclusion d'une offre (art. 41 RLVMP).

E. 3

La recourante fait en l'espèce valoir plusieurs griefs à l'encontre de la décision litigieuse. a) Elle soutient tout d'abord que l'offre de A. _____ SA aurait dû être exclue sur la base de l'art. 33 al. 1 litt. k) RLVMP. Il ressort de l'instruction, et la municipalité ne l'a pas contesté, que cette dernière société a modifié ou complété son offre après l'ouverture des offres qui a eu lieu le 1^{er} mars 2004. Elle a en effet adressé un fax le 12 mars de la même année au bureau d'architectes chargé de l'analyse des offres et a exposé que les lambris intérieurs assemblés n'avaient pas été comptabilisés. A. _____ SA a par la suite fait parvenir le 28 mai 2004 une soumission modifiée à hauteur d'un montant total brut de 578'638 fr. en lieu et place des 488'786 fr. annoncés initialement. Cette première modification de l'offre de A. _____ SA constituait à n'en pas douter un motif de révocation au sens des art. 33 al. 1 litt. k) et 41 RLVMP. L'autorité intimée a en effet, à la suite d'un premier recours de X. _____ SA, annulé sa première décision d'adjudication du lot litigieux à A. _____ SA du 28 juin 2004. Dans le cadre de la réponse déposée le 15 septembre 2004 à l'occasion de la présente procédure, la municipalité a admis que le premier recours paraissait fondé. Sur la base de ce constat on peut sérieusement se demander si l'offre initiale de l'adjudicataire n'aurait pas dû être purement et simplement

exclue puisqu'elle n'était pas complète et qu'elle a été modifiée. A ce propos, le tribunal de céans relève que lorsqu'elle a modifié, ou plutôt complété son offre, la société adjudicataire connaissait le prix des offres des autres soumissionnaires, si bien qu'il lui était assez aisé de déposer une nouvelle offre largement inférieure aux prix de ses concurrents. Il faut encore préciser que la façon dont l'offre initiale de A. _____ SA a été modifiée laisse songeur puisque cette société a simplement doublé le prix de certains postes pour remédier à son omission de comptabiliser les lambris intérieurs assemblés. b) La recourante soutient encore que l'offre litigieuse aurait dû être exclue en application de l'art. 33 al. 1 litt. 1) RLVMP prévoyant une possibilité d'exclusion en cas de prix trop bas pour qu'il soit normalement possible d'exécuter le travail selon les règles de l'art. Il est vrai qu'un cas de sous enchère semble avoir été réalisé par la société adjudicataire. Il est en effet troublant qu'elle ait pu maintenir le montant de son offre initiale en y englobant des prestations qu'elle avait omises à cette occasion et qui avaient entraîné, dans le cadre de la première procédure d'adjudication, une augmentation de son offre à hauteur de 100'000 fr. environ. Cette question peut toutefois rester ouverte puisque le recours doit être partiellement admis pour les raisons qui suivent.

E. 4

Il ressort du procès-verbal de la séance de la Municipalité de Bussigny-près-Lausanne du 9 août 2004 (pièce 131 produite par l'autorité intimée) que suite au premier recours de l'entreprise X. _____ SA, le mandataire de cette commune avait demandé à l'adjudicataire s'il lui était possible de confirmer les prix déposés le 25 février 2004. A. _____ SA a donné cette confirmation le 26 juillet 2004. Toujours d'après ce procès-verbal, ce n'est qu'après l'obtention de cette confirmation que la municipalité a décidé d'annuler sa première adjudication et d'adjuger le lot 7, CFC 215 et 221 à A. _____ SA. Même s'il n'est pas établi que l'on puisse parler de négociations au sens de l'art. 36 RLVMP, force est toutefois de constater que l'autorité intimée a eu des contacts avec l'adjudicataire après le dépôt et l'ouverture des offres. La façon dont la procédure litigieuse a été menée laisse donc l'impression que la municipalité voulait à tout prix confier les travaux en cause à l'adjudicataire. Il s'agit là d'un indice de discrimination à l'encontre de la recourante et des autres soumissionnaires. Dans la mesure où elle a annulé sa première décision d'adjudication, il est surprenant que la municipalité ne se soit adressée qu'à A. _____ SA afin d'examiner avec cette société la possibilité de maintenir les prix présentés lors de la soumission initiale pour l'ensemble des travaux.

E. 5

Enfin et il s'agit là de la circonstance qui doit entraîner l'annulation de la décision d'adjudication, le représentant de la société A. _____ SA a exposé à l'audience du 4 novembre 2004 qu'il avait en réalité pu maintenir le prix de l'offre initialement déposée par cette société parce qu'il avait trouvé une solution technique permettant de simplifier la réalisation d'une partie des travaux mis en soumission, par le regroupement de trois opérations en une seule. Tant A. _____ SA que le représentant de la recourante ont confirmé que ce procédé ne correspondait pas aux travaux tels qu'ils étaient prévus dans la soumission. Il apparaît donc que la municipalité a adjugé le marché à une entreprise qui comptait effectuer les travaux d'une façon ne correspondant pas à ce qui était demandé dans le cadre de la procédure d'appel d'offres. De plus, en agissant de la sorte, l'autorité intimée a en réalité procédé à une adjudication pour des travaux différents de ceux présentés dans l'offre de l'entreprise adjudicataire. A. _____ SA a en effet très clairement expliqué

qu'avant l'audience devant le tribunal de céans, il n'avait pas porté ce nouveau procédé technique à la connaissance de la municipalité. La concurrence a donc été faussée puisque les autres soumissionnaires n'ont pas eu la possibilité de faire une offre avec une variante prenant en compte ce procédé technique. Il ressort des considérants qui précèdent qu'il y a eu une distorsion évidente de la concurrence si bien que l'art. 3 LVMP a été violé.

6. Les considérants qui précèdent conduisent à l'admission partielle du recours. Cependant, le tribunal, après avoir constaté que la procédure conduite jusqu'ici par l'autorité intimée était irrégulière, voire extrêmement douteuse sur plusieurs points, n'est pas en mesure au surplus de déterminer, à l'issue de sa propre instruction, l'offre économiquement la plus favorable, ne serait-ce que du fait que seul l'adjudicataire a déposé une offre prenant en considération le nouveau procédé technique évoqué plus haut. Le tribunal doit dès lors se limiter à annuler la décision attaquée sans prononcer l'adjudication. La cause sera au surplus renvoyée à la Municipalité de Bussigny-près-Lausanne pour une nouvelle décision ; celle-ci aura la faculté de reprendre la procédure ab ovo, mais elle pourra également retenir une autre formule, en limitant la suite de la procédure aux deux entreprises encore en lice, à savoir la recourante, d'une part, l'adjudicataire, d'autre part (dans ce sens arrêt TA GE 2003/0038 du 4 juillet 2003 et les références). Dans ce cadre, conformément à ce qui a été relevé ci-dessus, l'entité adjudicatrice devra à tout le moins arrêter de manière définitive le procédé technique qu'elle entend retenir pour la réalisation des travaux, puis demander aux soumissionnaires encore concernés une nouvelle offre complète, de nature à leur permettre une recalculation globale de leurs prix. Vu l'issue du recours, l'émolument d'arrêt doit être mis à la charge de l'intimée ; il en sera de même des dépens dus à la recourante, qui est intervenue à la procédure par l'intermédiaire d'un mandataire professionnel (art. 55 LJPA).

Export aus OpenCaseLaw (CC0). Verbindlich ist allein der vom erlassenden Gericht veröffentlichte Originaltext. Quellen-URL siehe oben.